

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.809/12/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000173281-69
Impugnação: 40.010131749-59
Impugnante: MR Esportes Ltda - ME
IE: 702212574.00-96
Coobrigado: Ademir Vieira Martins
CPF: 366.391.926-91
Proc. S. Passivo: Mônica Rosa Pereira/Outro(s)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21 § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração a lei.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada e informações fiscais contidas no Livro Registro de Saídas, a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sujeitas à tributação normal. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Constatado o preenchimento dos requisitos previstos no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c § 9º para a exclusão do regime do Simples Nacional.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 31/08/11, constatada por meio de confronto entre “Relatório de Vendas Mensais”, apreendidos no estabelecimento da autuada e as informações fiscais declaradas no livro Registro de Saídas, no respectivo período.

Exigência de ICMS, Multas de Revalidação do art. 56, inciso II e Isolada do art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 235/248.

Preliminarmente requer a nulidade do lançamento, em razão da atividade fiscal empreendida pelos Agentes da Fazenda Pública, para obtenção dos documentos, fundamento da autuação, sem mandado ou autorização judicial, infringiu os direitos e garantias fundamentais previstos nos arts. 5º e 145 da CF/88.

Requer, ainda, a exclusão do sócio-administrador, ao argumento de ser parte ilegítima para figurar no polo passivo do lançamento tributário, por falta de demonstração do exercício de administração e/ou gestão fraudulenta ou temerária da sociedade.

Alega que o Fisco Estadual optou pela via mais cômoda ao lançar mão apenas de documentos de fls. 19/68 dos autos, desprezando os demais documentos apreendidos. Que os documentos que embasaram a autuação seriam apenas indícios de ocorrência da infração e que, a não utilização de outros métodos para apuração das infrações ocorridas, resultam no cerceamento de defesa garantido pelo art. 5º, LV da CF/88.

Sustenta que o valor aplicado a título de sanção pelo cometimento das irregularidades não observou os princípios da razoabilidade e da capacidade contributiva, representando um confisco tributário, afrontando as vedações previstas na CF/88, art. 150, IV. Ressalta que nas relações obrigacionais entre particulares a inadimplência enseja a aplicação de multa nunca superior a 10% (dez por cento).

Aduz que não ficou demonstrado o fato gerador da obrigação tributária, tendo baseado o Auto de Infração em insubsistente suposição. E que, a multa isolada, caso assista razão ao Fisco seria de 20% (vinte por cento) e não de 40% (quarenta por cento), conforme determina o art. 55, II, "a" da Lei nº 6.763/75.

Por fim, requer a Impugnante que seja julgada procedente a impugnação e desconstituído o Auto de Infração. E, caso as autoridades julgadoras julguem conveniente, seja determinada a realização de perícia e/ou juntada de documentos para provar o alegado.

A taxa de expediente foi recolhida e apresentada às fl. 255 dos autos.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 259/270, refuta as alegações da Defesa aos seguintes argumentos em síntese.

Em relação à alegação de que o procedimento de busca e apreensão realizado no estabelecimento da Autuada seria ilegal, e a citação do art. 42 § 1º c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75, para alegar que tais normas legais regulariam a apreensão de documentos pela Fazenda Estadual responde que o art. 42, em questão, trata da apreensão de mercadorias encontradas em situação irregular, não sendo aplicável ao caso concreto. Quanto ao art. 50, trata dos documentos de exibição obrigatória ao Fisco, prevendo em seu § 1º a possibilidade de apreensão quando da recusa de exibição dos documentos. Argumenta que deixou a representante da Autuada de citar os arts. 201 a 205 do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais (RICMS), publicado pelo Decreto nº 43.080/02. Nos citados artigos consta a regulamentação do art. 50 da Lei nº

6.763/75, explicando, em detalhes, o procedimento a ser adotado quando da apreensão de documentos bens e mercadorias em estabelecimentos comerciais.

Quanto à inclusão do sócio-administrador da Autuada como Coobrigado, há previsão no art. 135, III do CTN que disciplina a responsabilidade pessoal dos administradores de pessoas jurídicas pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei. Pondera que o Sr. Ademir é o único sócio da Autuada com poderes de gestão administrativa, financeira e tributária desde 16/12/02 até a presente data.

Aduz que a comparação de pedidos/notas fiscais, pleiteada pela Impugnante, em nada cerceia o seu direito de defesa. A comparação entre os livros Registro de Saídas e os documentos paralelos de controle de receitas apreendidos, utilizado como método de apuração do crédito tributário, permitiu a Autuada apresentar documentos fiscais que demonstrassem o acobertamento da parcela de receita não declarada em seus livros. A Impugnante não apresentou qualquer documento e optou por desconstituir o trabalho fiscal por meio de frágeis argumentos, os quais não lhe assistem razão.

Afirma que o fato gerador da obrigação tributária e a sua ocorrência encontram-se disciplinados no art. 114 do CTN c/c o art. 12 da LC nº 87/96, demonstrados por meio da comparação dos documentos constantes de fls. 19 a 68 (controles paralelos de receitas apreendidos) com os integrantes das fls. 80 a 221 (livro de Registro de Saídas), resultando em montante de saídas sem emissão de documento fiscal, desprendendo daí, a subsunção do fato concreto à norma que deu origem à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Transcreve o art. 4º do RICMS, onde preconiza ser “*irrelevante o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas, referente às operações ou prestações*” para a caracterização do fato gerador do imposto.

Com relação a alegação de que a multa isolada a ser aplicada para o caso em tela se amoldaria à redução de 40% (quarenta por cento) para 20% (vinte por cento), prevista no art. 55, II, “a” da Lei nº 6.763/75, esclarece que a redução só procede na hipótese de a autuação ser lavrada exclusivamente com base em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte e, esta não é a situação do presente Auto de Infração que teve por sustentáculo principal documentos paralelos apreendidos pelo Fisco.

Conclui, requerendo a manutenção integral do Auto de Infração.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Autuada sustenta que o lançamento não respeitou os princípios constitucionais do devido processo legal, e os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da CF/88, em razão da apreensão dos documentos, fundamento da autuação, ter sido empreendida sem o devido mandado ou autorização judicial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra-se respaldada no Código Tributário Nacional (recepcionado pela Constituição Federal), que em seu art. 195 assim estabelece:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Conforme citado pela própria Impugnante, o art. 42, § 1º c/c art. 50, da Lei nº 6.763/75 prescreve a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

(...)

A regulamentação do art. 50 está contemplada nos arts. 201 a 205 do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais (RICMS), publicado pelo Decreto nº 43.080/02, explicando em detalhes o procedimento a ser adotado quando da apreensão de documentos, bens e mercadorias em estabelecimentos comerciais.

A apreensão de mercadorias, documentos, papéis e programas e arquivos eletrônicos efetuadas no estabelecimento comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária, independe de autorização judicial, conforme preceitua os artigos acima citados e abaixo transcritos:

Art. 201. Serão apreendidos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

(...)

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendidos, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

(...)

Art. 204. Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único. A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado, simultaneamente, como moradia.

(Grifou-se)

Tais artigos explicitam as vedações à prática do procedimento de apreensão quais sejam, nos casos em que o estabelecimento do contribuinte seja usado, simultaneamente, como moradia (art. 204, parágrafo único) e, quando os documentos a serem apreendidos estejam em local diverso do estabelecimento do contribuinte (art. 204, *caput*). Nesses casos e, somente nesses casos, a busca e apreensão deverá ser precedida de autorização judicial.

Corroborar o entendimento acima a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 1.0024.07.461405-8/002):

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. SOMENTE DEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AS APREENSÕES DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADAS FORA DAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU QUANDO ESTE FOR UTILIZADO COMO MORADIA. A VERIFICAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS E ARQUIVOS FISCAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, QUE TEM O DEVER DE FISCALIZAR OS CONTRIBUINTES, IMPOR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS, CONTROLAR O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, COMBATER A SONEGAÇÃO E, ASSIM, RESGUARDAR A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.07.461405-8/002(1) -
NUMERAÇÃO ÚNICA: 4614058-35.2007.8.13.0024). (GRIFOU-
SE)

Mantendo o mesmo entendimento, transcreve-se recente manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através do eminente Des. Belizário de Lacerda, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 1.0027.08.176278-6/003:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE DOCUMENTOS EFETIVADA PELO FISCO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - LEGALIDADE - CONDUTA REALIZADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

- NOS TERMOS DO ART. 42, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 E ART. 194 E SEQUINTE DO CTN É LÍCITO AOS AGENTES FISCAIS, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, APREENDER DOCUMENTOS DESTINADOS A COMPROVAR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NULIDADE NO ATO DE APREENSÃO QUANDO ESTE SE DÁ MEDIANTE CONCESSÃO DO RECIBO CONTENDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS.

- SOMENTE SE FAZ NECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS QUANDO ESTES NÃO ESTEJAM EM DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL, PRODUTOR OU PROFISSIONAL OU AINDA QUANDO O ESTABELECIMENTO FOR TAMBÉM UTILIZADO COMO MORADIA, O QUE NÃO É OCASO DOS AUTOS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.176278-6/003 - COMARCA DE BETIM - APELANTE(S): SEMD DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AUTORIDADE COATORA: DELEGADO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DE BETIM.

Cabe destacar que, para documentar o procedimento de apreensão dos documentos extrafiscais, foi lavrado o Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 002744, recebido pelo representante da Autuada, doc. de fls. 02, com a concordância do mesmo.

Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento ou em ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Da Arguição de Questões de Cunho Constitucional

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, I do RPTA “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

Do Pedido de Perícia

Quanto ao pedido de realização de prova pericial, não foi ele apreciado, em face do óbice presente no inciso I do § 1º do art. 142 do RPTA, que assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Do Mérito

O trabalho fiscal consiste na apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no período de 01/01/08 a 31/08/11.

A irregularidade foi constatada por meio de confronto entre “Relatório de Vendas Mensais”, apreendidos no estabelecimento da Autuada (AAD nº 002744 – às fls. 02) e as informações fiscais declaradas no livro Registro de Saídas, no respectivo período. Exigência de ICMS, multas de Revalidação do art. 56, II e Isolada do art. 55, II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Das Saídas Desacobertas

A atuação tomou por base documentos extrafiscais identificados como “Relatório de vendas Mensais” apreendidos no estabelecimento da Autuada (Anexo I - fls. 19/68), mediante lavratura do Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 002744 (fls. 02).

Tais documentos foram confrontados com os livros Registros de Saídas referentes ao respectivo período (Anexo II – fls. 80/221), tendo resultado em valores de saídas desacobertas de documentação fiscal, “Planilhas de Cálculo do valor do Auto de Infração” (Anexo V – fls. 229/232). Para apuração da base de cálculo do imposto foram expurgados os valores objeto de denúncia espontânea efetuada pela Autuada referente ao período de 04/08 a 11/09 (Anexo IV – fls. 223/227 – Termo de Autodenúncia nº 05.206170.80). A alíquota aplicada, nos termos da alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02, foi de 18% (dezoito por cento), por se tratar de material esportivo.

O procedimento adotado pelo Fisco está amparado no disposto no inciso I do art. 194 do RICMS:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com no art. 136 do RPTA, cabe ao contribuinte apresentar provas que atestem o contrário quando nos autos estiver comprovado procedimento que induza à conclusão de que promoveu saídas desacobertadas de documentação fiscal, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

A Impugnante limitou-se a alegar que o Fisco se utilizou de via mais cômoda para propor o lançamento tributário, valendo-se apenas dos documentos acostados aos autos às fls. 19/68, que reportariam a indícios de ocorrência da infração. A Autuada absteve de apresentar qualquer prova que pudesse desconstituir o lançamento.

A alegação de que a não utilização de outros métodos para apuração das infrações ocorridas resultariam no cerceamento de defesa é descabida. A apuração se deu com base nos relatórios de vendas produzidos pela Autuada em comparação com os registros declarados em seu livro Registro de Saídas. Caso quisesse a Impugnante apresentar sua defesa, bastaria trazer aos autos os documentos fiscais que acobertaram as vendas declaradas.

Cabe ressaltar que os “Relatórios de Vendas” apreendidos detalham as vendas efetuadas pelos funcionários da Autuada, contendo inclusive a apuração das comissões a pagar/por funcionário. Tais relatórios se prestam ainda para apuração dos valores a pagar a título de 13º salário (docs. de fls. 32, 33, 46, 47, 67 e 68).

Uma vez comprovada a realização de operações sem o devido acobertamento documental, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13. (...)

§1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Verifica-se, pois, que as operações realizadas sem acobertamento de documento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento dentro da sistemática do Simples Nacional.

Diante do exposto, o procedimento fiscal adotado é legítimo e restaram demonstradas, com clareza, as infringências à legislação, bem como o valor do crédito tributário a ser ressarcido ao Estado.

Da Aplicação das Multas

No que se refere à alegação da Autuada que o percentual a ser aplicado a título de multa isolada deveria ser de 20% (vinte por cento) e não 40% (quarenta por cento), por força do estabelecido na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, não lhe assiste razão.

A norma sancionadora assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

A cobrança da multa isolada no percentual de 40% (quarenta por cento) ocorreu em razão dos valores apurados no Anexo V (fls. 229/232) serem atribuídos por saídas desacobertadas de documentação fiscal, apuradas por meio de documentos extrafiscais e não, com base, exclusivamente, em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte. Portanto, inaplicável a redução prevista na alínea “a” do inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Quanto ao limitador da multa isolada previsto art. 55, § 2º, da Lei nº 6.763/75, não se aplica ao caso em tela, em razão das penalidades atribuídas não excederem aos limites ali estabelecidos.

Da Responsabilidade do Sócio Administrador

A Impugnante requer a exclusão do sócio-administrador da Autuada afirmando se tratar de parte ilegítima para figurar no polo passivo do lançamento tributário, por falta de demonstração do exercício de administração e/ou gestão fraudulenta ou temerária da sociedade.

A inclusão do Coobrigado como responsável pelo crédito tributário ora discutido, baseou-se na previsão legal estabelecida no inciso III do art. 135 do CTN, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

E, no inciso XII c/c o inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6763/75, a seguir transcritos:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - O diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Importante ressaltar que não há dúvidas quanto à condição de administrador do referido sócio, conforme cópia do contrato social, fls. 250/252 dos autos.

Também está claramente demonstrado, pelo confronto dos documentos extrafiscais apreendidos, que o Contribuinte ocultou fatos geradores do imposto com o intuito de suprimir o pagamento do ICMS devido pelas saídas das mercadorias, incorrendo em infração à lei. Tal fato justifica a inclusão do sócio administrador no polo passivo da autuação. Conforme capitulado na peça fiscal, a Autuada, sob a gestão do Coobrigado, poderes outorgados mediante contrato social, promoveu saídas de mercadorias sem a devida emissão do documento fiscal, deixando de oferecer à tributação tais valores, e, por via de consequência, infringindo a lei tributária.

Comprovada está, por fatos, a responsabilidade do sócio administrador em relação aos créditos tributários cobrados na presente autuação.

Da Exclusão do Simples Nacional

Depois de constatadas as infringências à legislação tributária, expediu o Fisco o Termo de Exclusão do Simples Nacional (doc. de fls. 233), entregue à autuada juntamente com o Auto de Infração, cientificando-a do prazo para impugnação.

A Impugnante não se manifestou acerca do Termo de Exclusão.

A regulamentação da exclusão do Simples Nacional está descrita na Lei Complementar nº 123/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I- emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V -tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(Grifou-se)

Vale considerar, em acréscimo, as disposições constantes da Resolução nº 15/07, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que “dispõe sobre a exclusão do Regime

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)”, *in litteris*:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

(...)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Prevê os incisos V, XI e XII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 que, a prática reiterada de infração ao disposto na lei e descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do *caput* do art. 26, retira o contribuinte do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Cabe ressaltar que a Lei Complementar nº 123/06, alterada por outra lei complementar de nº 139, de 10 de novembro de 2011, firma o conceito de prática reiterada como *“a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento”*.

Assim, considerando-se presentes todas as características e pressupostos impostos pela legislação vigente, quais sejam: a constatação do descumprimento da obrigação de emissão de documentação fiscal, a demonstração da prática reiterada do ato ilícito e a formalização da ocorrência mediante lavratura do Auto de Infração; escoreita está a exclusão da Autuada do Simples Nacional como formalizada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Relator), que o julgava parcialmente procedente, não acolhendo a exclusão do Simples Nacional, nos termos do parecer da Assessoria. Designado relator o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 2012.

André Barros de Moura
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.809/12/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000173281-69
Impugnação: 40.010131749-59
Impugnante: MR Esportes Ltda - ME
IE: 702212574.00-96
Coobrigado: Ademir Vieira Martins
CPF: 366.391.926-91
Proc. S. Passivo: Mônica Rosa Pereira/Outro(s)
Origem: DFT/Uberlândia

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 31/08/11, constatada por meio de confronto entre “Relatório de Vendas Mensais”, apreendidos no estabelecimento da autuada e as informações fiscais declaradas no livro Registro de Saídas, no respectivo período, bem como a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

Depois de constatadas as infringências à Legislação Tributária, expediu a Fiscalização o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl.233), entregue à autuada juntamente com o auto de infração, cientificando-a do prazo para impugnação.

A Impugnante não se manifestou acerca do Termo de Exclusão.

A regulamentação da exclusão do Simples Nacional está descrita na Lei Complementar nº 123/06.

Lei Complementar nº 123/2006

Art.26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art.29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26; (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(Grifou-se).

Vale considerar, em acréscimo, as disposições constantes da Resolução nº 15/07, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que “dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)”, *in litteris*:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º Será dada ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007;

Prevê os Incisos V, XI e XII do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06 que a prática reiterada de infração ao disposto na lei e descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26, retira o contribuinte do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Todavia, cabe ressaltar que a Lei Complementar nº 123/06, alterada por outra lei complementar de nº 139, de 10 de novembro de 2011, firma o conceito de prática reiterada como *“a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O dispositivo incluído na Legislação restringe as hipóteses de exclusão do contribuinte do Simples Nacional ao cometimento de infrações idênticas e formalizadas através de auto de infração. Não basta a constatação da ocorrência de infração em mais de um período de apuração para que se efetive a exclusão.

Considerando que, no caso em tela, não consta que o contribuinte tenha sido Autuado anteriormente por infração idêntica, a exclusão do mesmo do Simples Nacional não poderá ser formalizada.

Isto posto, julgo parcialmente procedente o lançamento, não acolhendo a exclusão do Simples Nacional.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 2012.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**